

Cristián Aceto Barrena

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

LIBROTECNIA®

2. Requisitos del daño

Para nosotros los requisitos que deben estar presentes para configurar el daño son los siguientes:

2.1. *El daño debe consistir en la lesión de un interés jurídico*⁹⁰

Los autores partidarios de una tesis vulgar del daño necesitan recurrir al concepto de anomalía para determinar cuándo se está en presencia de un verdadero perjuicio y cuándo en presencia de los que denominan simples molestias. Consideran que la diferencia estriba en la significación que importe el daño, adoptando, de este modo, un criterio cuantitativo en la calificación de los perjuicios, entregando completamente al arbitrio de los tribunales la determinación de los perjuicios "anormales".⁹⁰ Lo anterior nos lleva a concluir lo siguiente:

a) La noción de daño que pretenden los autores que siguen la corriente vulgar es abiertamente insuficiente. No puede tratarse el daño de la lesión a cualquier interés para la víctima, pues cierra la concepción de perjuicio no es avalorada, sino que por el contrario, normativa, con clara referencia a la antijuridicidad. De ahí la necesidad de señalar estos requisitos. De este modo, no cualquier lesión podrá ser amparada, sino aquella que sea lícita y anormal. Curiosa entonces es la postura de estos autores: por un lado

⁹⁰ Díez, José Luis, al analizar los requisitos del daño en materia extracontractual, ha señalado que éstos son: el daño debe ser anormal y tratarse de una situación legítima. Para nosotros, la lesión a una situación legítima deriva, naturalmente, de la vulneración del interés jurídico.

⁹⁰ Díez, José Luis, op. cit., pág. 34.

definen una figura avalorada y luego exigen a su respecto elementos normativos.

b) Dado que, en consecuencia, todo intento de construir un daño avalorado redundaría en la exigencia de requisitos que por vía indirecta lo refieren a una norma, nos parece que el requisito relativo a la normalidad debe sustituirse por el de interés jurídico que se lesiona. Con este requisito salvamos el presupuesto ambiguo de la anomalía por uno mucho más preciso.

2.2. *El daño debe provenir de la lesión a una situación lícita*

Señala José Luis Díez que la obligación de reparar todo daño, consagrada en el artículo 2329 del Código Civil, debe entenderse como todo daño proveniente de una situación lícita;⁹¹ puesto que, siguiendo al profesor Domínguez Aguilá: "el derecho no está para amparar la ilicitud, por mucho que ella represente algún valor para quien pierde una situación existente aunque ilícita".⁹²

Nuevamente, consideramos que este criterio puede sustituirse si se define el menoscabo como la lesión a intereses jurídicos, por cuanto es evidente que en este caso se estará en presencia de una situación lícita. No es adecuado el enfoque si se parte analizando la situación de la víctima, porque éste constituye un criterio que debe tenerse en cuenta para los efectos de la valoración en su caso. Pero, para determinar la existencia del menoscabo, el juez deberá examinar, si el ordenamiento jurídico consagra o protege el interés alegado por la víctima. Si se le reconoce por la norma positiva —sea

⁹¹ Díez, José Luis, op. cit., pág. 48.

⁹² DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, *Consideraciones...*, op. cit., pág. 137.

configurándolo como derecho subjetivo o no—o si éste se reconoce en los principios del ordenamiento. Si es así, si está amparado, es evidente que la víctima estaba en una situación de licitud. Pero luego el juez deberá considerar la situación personal de la víctima a objeto de hacer la estimación del daño.

2.3. *El daño debe ser cierto*

Este requisito dice relación con la efectividad real del daño y no con la dificultad para su prueba, aunque por exigencia de este mismo requisito y el sistema probatorio que nos rige, las partes deben demostrar necesariamente su pretensión resarcitoria, como veremos al tratar la prueba. Compartimos, en todo caso, la opinión según la cual, no obstante la claridad del principio de la certeza, se presentan dificultades a la hora de fijar un criterio que permita determinar cuándo un daño es cierto.⁹³ El profesor Orgaz entrega un criterio bastante útil para resolver el problema, tratándose de los daños materiales, distinguiendo entre el daño emergente, sea éste actual y presente o futuro; y el lucro cesante, exigiendo la doctrina respecto de éste—dada la imposibilidad de acreditarlo absolutamente—criterios como la razonable certeza o la probabilidad objetiva.⁹⁴ En un sentido similar, Atilio Alterini sostiene que el daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, es decir, que debe resultar objetivamente probable.⁹⁵

En cuanto al daño moral, debe reconocerse que no existen criterios que permitan indicar cuándo el perjuicio en cuestión pue-

de considerarse como cierto. El problema se presenta de manera similar a lo que ocurre con el lucro cesante futuro, tratándose del daño material, pues tampoco puede exigirse para el daño moral una certeza absoluta. Aún más, según la naturaleza de este tipo de perjuicios, la sentencia que fija la indemnización por su concepto es considerada por nuestra propia jurisprudencia como constitutiva, dada la imposibilidad de retrotraer la reparación al momento del perjuicio. Sobre el particular estimamos que nuestra concepción de lesión a un bien jurídico salva en parte el problema, pues, por tratarse de un criterio objetivo y normativo, permitirá una apreciación de mayor certeza por parte del tribunal llamado a decidir la cuestión. Teniendo presente que este requisito no dice relación con la dificultad de prueba o fijación de la cuantía de la lesión, pudiera adoptarse un criterio similar al lucro cesante futuro, en el sentido de exigir una probabilidad razonable, obviamente no de su futuridad, sino de su ocurrencia, para dar por cierto el menado daño. El profesor Pablo Rodríguez, siguiendo a Roberto López Cabaña, piensa igualmente que el daño es cierto cuando su existencia misma es objetivamente probable por oposición al daño incierto, eventual o hipotético.⁹⁶

2.4. *El daño no debe haber sido reparado*

Este requisito nos parece de suma evidencia, en razón de la finalidad de la responsabilidad extracontractual. En efecto, ésta persigue el resarcimiento o reparación íntegra de la víctima, pero no su enriquecimiento. Ahora bien, este principio procede no sólo respecto de algunas de las formas de reparación que contempla específicamente nuestro Código Penal en su artículo 410, principalmente

⁹³ Díez, José Luis, op. cit., pág. 56.

⁹⁴ Citado por Díez, José Luis, op. cit., págs. 56 y 57. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, *Consideraciones...*, op. cit., pág. 149.

⁹⁵ ALTERINI, ATILIO ANIBAL, op. cit., pág. 115.

⁹⁶ RODRÍGUEZ, PABLO, *Responsabilidad...*, op. cit., pág. 266.

te, sino respecto de los daños contractuales y extracontractuales. Pablo Rodríguez indica acertadamente que no es posible en materia indemnizatoria aceptar una doble indemnización, agregando que el daño proveniente de un ilícito civil no puede ser objeto de enriquecimiento por parte de la víctima.⁹⁷ El principio lo consagra claramente el artículo 517 del Código de Comercio, que dispone: "*Respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia*".

El problema del cúmulo de indemnizaciones presenta dificultades en algunos temas en particular, como en el seguro contra daños y las indemnizaciones que se pagan en conformidad al artículo 410 del Código Penal.⁹⁸

2.5. El daño debe ser directo

El profesor Rodríguez Grez explica que este requisito implica que la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia debe ser una consecuencia necesaria e inmediata del hecho que lo provoca. Se trata, advierte, de una materia que incide en la relación causal, pero que se constituye como un requisito del daño.⁹⁹ Por su parte, el profesor Alessandri Rodríguez indica que el criterio a seguir para determinar si un daño es directo o indirecto, y por tanto, indemnizable o no, no consiste en atenerse a su mayor o menor proximidad con el

⁹⁷ RODRÍGUEZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*... op. cit., pág. 277.

⁹⁸ Estos problemas han sido tratados por el profesor RODRÍGUEZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*... op. cit., págs. 280 a 282, y por DIEZ, JOSÉ LUIS, op. cit., págs. 62 a 64. No nos detendremos en el análisis de estas situaciones, por exceder las pretensiones de este trabajo, por lo que sólo nos conformamos con enunciar la existencia del problema.

⁹⁹ RODRÍGUEZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*... op. cit., pág. 269.

hecho ilícito, a si es mediato o inmediato, sino únicamente a si entre el hecho ilícito y el daño hay o no relación de causa a efecto.¹⁰⁰

Como bien dice el profesor Rodríguez Grez, por tratarse de una materia propia de causalidad, la relación de causa a efecto dependerá de la concepción que se tenga de causa y de la teoría que se acoja para determinarla, por lo que nos remitimos a lo expuesto tratándose de este elemento de la responsabilidad civil.¹⁰¹

Con este ya extenso estudio del concepto de daño, así como con el análisis de los requisitos del perjuicio extracontractual, estamos en condiciones de comenzar el tercer capítulo de esta obra, dedicado íntegramente al daño moral extracontractual.

3. Clases de daño

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, el daño admite varias clasificaciones, dependiendo de distintos criterios. La principal clasificación se refiere a aquella que distingue, según su naturaleza, entre daño material y moral. A este último prestaremos especial atención, en consideración a los problemas que presenta.

¹⁰⁰ ALESSANDRI, op. cit., pág. 234.

¹⁰¹ Por tratarse de un tema más bien propio de causalidad, no nos extraña que José Luis Díez no incorpore como requisito de daño el supuesto analizado.

Por otro lado, dado que para determinar si el daño es directo o no debemos definir primero qué se entiende por causa, suponemos que para el profesor Alessandri —que acoge la teoría de la equivalencia de las condiciones—, el daño directo es muy diferente a lo que el profesor Pablo Rodríguez —que abraza la teoría de la causa adecuada— concibe como tal; así como para lo que nosotros es daño directo, pues no sustentamos ninguna de las teorías anteriores.

3.1. *Daño actual, daño futuro y daño eventual*

En una primera clasificación se distingue entre daños presentes y futuros. Como indica José Luis Díez,¹⁰² dado que todo daño es cronológicamente posterior al hecho dañoso, cabe preguntarse: ¿en relación a qué momento se hace esta distinción? Frente a esta cuestión se han planteado criterios diversos.

Arilio Alterini indica que el daño es actual o presente cuando ya ha ocurrido al tiempo en que se dicta la sentencia, mientras que un daño futuro es aquel que todavía no ha sucedido, aunque la causa generadora no existe.¹⁰³ Concuenda, Elorriaga, quien al analizar el problema del lucro cesante —al que volveremos—, estima que es un error pensar en él como un daño futuro, pues puede perfectamente existir un daño pasado o presente, tomando en consideración que la distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial. Será pasado si ocurre antes de la dictación del fallo y futuro si ocurre con posterioridad.¹⁰⁴ En un sentido diverso, José Luis Díez estima que para determinar si el daño moral es presente o futuro, hay que estarse a la demanda: “*Por nuestra parte, pensamos que los daños son actuales o futuros en relación al momento en que se presenta la demanda reparatoria, ya que si bien la sentencia estima en particular los daños y condena a repararlos, no es menos cierto que esos perjuicios son los indicados en la demanda, por la congruencia que debe existir entre dicha resolución y ese escrito*”.¹⁰⁵

¹⁰² Díez, José Luis, op. cit., pág. 65.

¹⁰³ ALTERINI, op. cit., págs. 115 y 116.

¹⁰⁴ ELORRIAGA DE BONIS, FABIAN, *Daño físico y lucro cesante. Derecho de daños*, LexisNexis, 1ª edición, Santiago, 2002, pág. 58.

¹⁰⁵ Díez, op. cit., pág. 65.

El principal problema que plantea esta clasificación dice relación con los daños futuros, en dos sentidos. En primer lugar, es indispensable determinar si son indemnizables y, de ser afirmativa la respuesta, bajo qué circunstancias o condiciones. Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha admitido el resarcimiento de los daños futuros, a condición que éstos no sean eventuales. El daño eventual se opone al requisito de certidumbre, que hemos tenido oportunidad analizar. Especiales problemas presenta la certidumbre o eventualidad del menoscabo tratándose del lucro cesante, partida indemnizatoria a la que nos referiremos a propósito del daño material.

3.2. *Daño patrimonial y extrapatrimonial*

De acuerdo con lo que hemos expuesto al tratar el concepto del daño, el daño material está representado por la lesión, en menoscabo de intereses jurídicamente tutelados de índole material; mientras que el daño moral está constituido por la amplia gama de intereses jurídicos de naturaleza extrapatrimonial. En el capítulo siguiente nos referiremos detalladamente a cada uno de ellos.